

禁止出口限制出口技术目录调整——简评其对 TikTok 的影响

作者：潘永建 | 孔焕志 | 黄文捷

2020 年 8 月 28 日，商务部会同科技部发布《关于调整发布〈中国禁止出口限制出口技术目录〉的公告》（“《调整目录》”），这是自 2008 年以来，技术出口管制目录首次被调整。《调整目录》删除、新增、修改了 53 项技术条目。对于近期备受关注的 TikTok 出售美国业务的潜在交易而言，该交易也可能受到此次《调整目录》的影响。《调整目录》发布后，字节跳动公司于 8 月 30 日发布声明，表示其已关注到《调整目录》，并将“严格遵守《中华人民共和国技术进出口管理条例》和《中国禁止出口限制出口技术目录》，处理关于技术出口的相关业务”。¹ 本文将对《调整目录》进行评析，并就《调整目录》对 TikTok 的潜在影响展开评论。

1. 《调整目录》制定的法律依据

自 1994 年《对外贸易法》初次生效，国家即在法律层面确定禁止、限制进出口货物和技术的主要类型。二十余年间，受管制货物与技术类型几经调整，根据现行《对外贸易法》第十六条的规定，国家可能基于以下七点原因限制或者禁止有关货物、技术的出口：

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

¹ 参见 <https://www.toutiao.com/w/a1676454362555406/>，最后访问日期：2020 年 9 月 1 日。

管制原因	具体规定
国家安全	为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止出口
人与动植物安全	为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护环境，需要限制或者禁止出口
黄金白银	为实施与黄金或者白银进出口有关的措施，需要限制或者禁止出口
资源短缺	国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的自然资源，需要限制或者禁止出口
市场容量	输往国家或者地区的市场容量有限，需要限制出口
出口秩序	出口经营秩序出现严重混乱，需要限制出口
国内外法规	依照法律、行政法规的规定，或者依照缔结、参加的国际条约、协定的规定需要限制或者禁止出口

除原则性规定外，《对外贸易法》授权国务院对外贸易主管部门等相关部门对受管制货物与技术类型进行细化，要求其制定、调整并公布该等货物与技术管制目录，且经国务院批准，对外贸易主管部门还可自行或会同其他部门临时决定限制或禁止目录外的技术和货物的进出口。此次商务部与科技部发布《调整目录》应属这一情形。

2018 年 7 月，商务部发布《关于<中国禁止出口限制出口技术目录>修订公开征求意见》的公告，拟对受管制技术清单进行更新。《调整目录》发布后，新增内容涉及空间材料生产技术、大型高速风洞设计建设技术、航空航天轴承技术、激光技术、3D 打印技术、工程机械的应用技术、大型高速风洞设计建设技术、石油装备核心部件设计制造技术等领域。修改内容涉及 21 项技术条目的控制要点和技术参数，包括航天器测控技术、地图制图技术、空间数据传输技术、卫星应用技术、化学原料生产技术、生物农药生产技术、人工晶体生长与加工技术、信息处理技术、真空技术等领域。

国务院还根据《对外贸易法》及其他有关法律的有关规定，制定了《技术进出口管理条例》（“《条例》”），以规范技术进出口管理，维护技术进出口秩序。

2. 《调整目录》对 TikTok 的影响

2020 年 8 月 6 日，美国总统特朗普签署行政令，称 TikTok 对美国国家安全构成威胁，将在行政令公布 45 日后禁止任何美国个人或实体与字节跳动、其子公司或其持有利益的任何其他公司进行交易。²8 月 14 日，特朗普又签署了一份关于字节跳动收购 Musical.ly 的行政令，要求字节跳动、其子公司、关联方及中方股东在行政令颁布后 90 日内放弃：(1) 支持字节跳动运营 TikTok 在美国的应用的任何有形或无形资产或财产权益；(2) 从 TikTok 应用或 Musical.ly 应用的美国用户处获得的数据。³

² 参见 <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-addressing-threat-posed-tiktok/>，最后访问日期：2020 年 9 月 1 日。

³ 参见 <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/order-regarding-acquisition-musical-ly-bytedance-ltd/#:~:text=%E2%80%8Bly%20or%20any%20of,of%20any%20interest%20in%20Musical.>，最后访问日期：2020 年 9 月 1 日。

然而,根据《条例》对技术出口的定义以及《调整目录》,前述行政令要求的字节跳动出售其美国 TikTok 业务这一潜在交易,可能因《调整目录》而面临中国政府的行政审批。根据《条例》规定,从我国境内向境外通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为属于技术出口,具体包括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务等方式。而向境外进行的任何形式的技术转移均应严格遵守《条例》的规定。其中,对于限制类技术的出口,应向商务部门申请技术出口许可,未经许可不得进行该类技术的出口。以《调整目录》中“计算机服务业”为例,该部分“信息处理技术”项下增加了数项控制要点,其中包括第 17 条“语音合成技术”⁴、第 18 条“人工智能交互界面技术”⁵、第 19 条“语音测评技术”⁶、第 20 条“智能阅卷技术”⁷、第 21 条“基于数据分析的个性化信息推送服务技术”。符合以上控制要点的技术的出口,均需要取得许可。

有学者指出,《调整目录》中新增加的“基于数据分析的个性化信息推送服务技术”以及“人工智能交互界面技术”两项限制类技术可能涉及字节跳动在人工智能等领域的前沿技术,字节跳动向其境外子公司 TikTok 提供核心算法属于典型的技术服务出口;其将 TikTok 美国业务出售时,由于可能涉及软件代码从境内向境外转移,因此也可能涉及技术服务的出口。⁸

限制类技术出口前应向商务部门申请技术出口许可,未经许可不得进行该类技术的出口。具体而言,限制类技术的出口申请人获得商务部门的技术出口许可意向书后方可对外进行实质性谈判、签订技术出口合同,申请人签订技术出口合同后还应向商务部门提交相关文件以获得最终的技术出口许可证。技术出口合同自技术出口许可证颁发之日生效。此外,获得技术出口许可证后,若技术出口合同主要内容发生变更,应向商务部门重新办理许可;若技术出口合同终止,还应向商务部门进行备案。

根据《条例》的规定,字节跳动应当首先在就限制类技术的出口进行实质性谈判、签订相关技术出口合同(例如包含技术出口条款的股权转让协议)前向商务部门申请技术出口许可意向书。相关技术出口合同签订后,向境外主体实际出口限制类技术前,还应向商务部门提供下述材料以获得技术出口许可证: (1) 技术出口许可意向书; (2) 技术出口合同副本; (3) 技术资料出口清单; (4) 签约双方法律地位的证明文件。否则,字节跳动的该笔交易将面临来自中国行政机关的监管。

《调整目录》的发布给 TikTok 出售美国业务的潜在交易带来不确定性。据外媒报道,TikTok 原本打算在上周末选定一位竞购者进行独家谈判并达成交易。8 月 31 日晚又有外媒报道,TikTok 将出售其美国、新西兰和澳大利亚的业务,中标者已经选定且最早可能在 9 月 1 日宣布。报道称,微软与沃尔玛的联合竞购以及甲骨文的竞购最有可能中标。⁹目前尚不清楚《调整目录》将如何影响潜在交易的进展。

⁴ 包括语料库设计、录制和标注技术,语音信号特征分析和提取技术,文本特征分析和预测技术,语音特征概率统计模型构建技术等。

⁵ 包括语音识别技术,麦克风阵列技术,语音唤醒技术,交互理解技术等。

⁶ 包括朗读自动评分技术,口语表达自动评分技术,发音检错技术等。

⁷ 包括印刷体扫描识别技术,手写体扫描识别技术,印刷体拍照识别技术,手写体拍照识别技术,中英文作文批改技术等。

⁸ 参加 <https://www.yicai.com/news/100753157.html>, 最后访问日期: 2020 年 9 月 1 日。

⁹ 参见 <https://www.cnbc.com/2020/08/31/tiktok-deal-to-sell-us-business-could-be-announced-as-soon-as-tomorrow.html>, 最后访问日期: 2020 年 9 月 1 日。

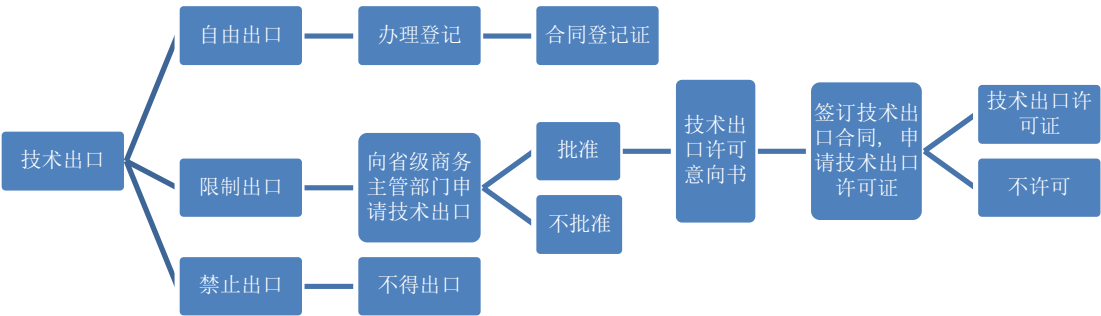


图 1: 技术出口分类与处理流程

3. 违法出口技术的法律责任

(1) 刑事责任

根据《条例》的规定，出口禁止出口类技术或者未经许可出口限制出口类技术，将依照《刑法》走私罪、非法经营罪、泄露国家秘密罪处理。对于限制出口类技术，如果企业超出许可范围同样构成非法经营罪等罪名。由此可见，对于违反出口管制相关规定构成的犯罪，其犯罪主体仍旧是国内从事出口业务的企业。实践中，适用《刑法》对违反技术出口管制的行为进行刑事处罚可能存在一定困境。

(2) 行政责任

违法出口禁止类或限制类技术可能承担的行政责任包括: (1) 警告; (2) 没收违法所得; (3) 处违法所得 1-5 倍(出口禁止类技术)或 1-3 倍(出口限制类技术)的罚款; (4) 暂停或撤销对外贸易经营许可。

尽管有上述原则性规定，但实际执法仍存在不确定性。例如，“违法所得”的计算方式尚不明确，并且不同法律法规对于违法所得的认定标准可能存在偏差。

a) “违法所得”是指违法经营所得总额或扣除经营成本后的违法经营数额？

根据对公开资料的检索，目前尚无依据《条例》作出的行政处罚，《条例》规定，严重的违法技术出口行为可能被定性为非法经营罪，因此我们可以参考《刑法》非法经营罪中关于“违法所得”的计算方式。《最高人民法院研究室关于非法经营罪中“违法所得”认定问题的研究意见》指出，非法经营罪中的“违法所得”应指获利数额，即以行为人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入(即非法经营数额)，扣除其直接用于经营活动的合理支出部分后剩余的数额。除非法经营罪中的“违法所得”以外，《最高人民法院关于审理生产、销售伪劣产品刑事案件如何认定“违法所得数额”的批复》及《最高人民法院关于审理非法出版物刑事案件具体应用法律若干问题的解释》均认为“违法所得”指获利数额。

- b) “违法所得”是指违法技术出口获得的境内所得(单纯因出口行为产生的经营所得)、境外所得(技术出口到境外后的经营所得)或是境内所得加上境外所得?

《条例》规制的为技术进出口行为。违法出口技术的出口方的违法经营所得来自其出口行为,即违法所得总额应为专利权转让费、专利实施许可费、技术秘密转让费、技术服务费等。至于技术出口后在境外的经营所得,如出口方并不从中分成,是否会被认定为无违法所得?该点有待后续执法实践确定。

另外,违反《条例》出口限制类技术还可能因违反合同附随义务而被合同对方要求补正相关审批手续。例如,在一起专利纠纷民事案件¹⁰中,中方被告向外方原告转让涉案专利申请权,但被告未就专利申请权转让履行审批或登记手续,法院依据《条例》判决被告应根据相关法律法规的要求办理涉案专利申请权转让的审批或登记手续。

4. 结语

随着国际贸易合作领域不断拓展、国际局势的不断变化,各国往往需要立足本国实际出台进出口管理措施,甚至部分国家将该等措施作为政治博弈的一环。例如,近年来,美国商务部以“帮助中国军方在南海修建人工岛”¹¹、“国家安全和外交利益”¹²、“国家安全方面的担忧”¹³等原因屡次制裁中国企业,包括将中国企业与个人列入“实体清单”、“特别指定国民和被禁人员清单(SDN)”等,使中国企业的贸易活动陷入困境。作为正当的反制,中国将公布相应政策以应对外国法律的“长臂管辖”。在此情形下,中国企业海外经营合规应关注境内外立法动态,未雨绸缪提前应对。

¹⁰ 案号:(2017)苏01民初2613号。

¹¹ 参见 <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2020/08/commerce-department-adds-24-chinese-companies-entity-list-helping-build>, 最后访问日期:2020年9月1日。

¹² 参见 <https://www.federalregister.gov/documents/2018/08/01/2018-16474/addition-of-certain-entities-and-modification-of-entry-on-the-entity-list>, 最后访问日期:2020年9月1日。

¹³ 参见 <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2019/05/department-commerce-announces-addition-huawei-technologies-co-ltd>, 最后访问日期:2020年9月1日。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



潘永建
+86 21 3135 8701
david.pan@llinkslaw.com



孔焕志
+86 21 3135 8777
kenneth.kong@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16/19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2020